

特許製品や商標商品の並行輸入の限界

—BBS 事件及びフレッドペリー事件各最高裁判決の解釈適用の在り方と
税関の水際取締り手続きでの取扱いの在り方—



貿易円滑化対策委員会委員 会員・弁護士 **飯田 圭**

要 約

BBS 事件及びフレッドペリー事件各最高裁判決の下で、①特許権者等により国外において第一譲渡された特許製品に譲受人との合意に基づき付された日本除外の表示が国外の流通過程で除去又は改竄された場合や、②商標権者等により国外において第一譲渡された商標商品におけるシリアルナンバー等が国外の流通過程で除去又は改竄された場合のような、実務上頻繁に見受けられる特許製品や商標商品の並行輸入の実例において、特許権者又は商標権者は、専門委員の意見照会制度を有する税関の水際取締り手続きを含めて、特許権又は商標権を行使し得るものと解するのが相当である。

これらの点を踏まえ、弁護士・弁理士等の実務家においては、個別具体的な事案において、特許権者若しくは商標権者又は輸入者等に対し、特許権又は商標権行使の可能性の有無・程度等について、的確にアドバイスしていくことが求められるところであろう。

目次

- 1 はじめに
- 2 BBS 事件最高裁判決の下での特許製品の並行輸入の限界
 - (1) 特許製品の並行輸入に係る BBS 事件最高裁判決の判示事項
 - (2) BBS 事件最高裁判決の前記判示事項に係る諸論点
 - (3) 表示が国外の流通過程で除去又は改竄された場合の特許権の行使の可否
- 3 フレッドペリー事件最高裁判決の下での商標商品の並行輸入の限界
 - (1) 商標商品の並行輸入に係るフレッドペリー事件最高裁判決の判示事項
 - (2) シリアルナンバー等が国外の流通過程で除去又は改竄された場合がフレッドペリー事件最高裁判決の第 3 要件によって判断されるべきであること
 - (3) フレッドペリー事件最高裁判決の第 3 要件の解釈適用
- 4 税関の水際取締り手続きでの取扱いの在り方
- 5 まとめ

1 はじめに

特許法においては、平成 9 年の BBS 事件最高裁判決⁽¹⁾により、特許製品の並行輸入について、特許権の国際消尽論が否定されつつも、黙示の授權論が肯定され、その要件に照らして、特許権の行使が否定された。他方、商標法においては、商標商品の並行輸入について、商標権の国際消尽論が否定されつつも⁽²⁾、平成 15

年のフレッドペリー事件最高裁判決⁽³⁾により、商標機能論に基づく実質的違法性阻却論が肯定され、その要件に照らして、商標権の行使が肯定された。

もっとも、これらの最高裁判決後、既に 10 年以上が経過したにもかかわらず、例えば、①特許権者等により国外において第一譲渡された特許製品に譲受人との合意に基づき付された日本除外の表示が国外の流通過程で除去又は改竄された場合や、②商標権者等により国外において第一譲渡された商標商品におけるシリアルナンバー等が国外の流通過程で除去又は改竄された場合のような、実務上頻繁に見受けられる並行輸入の実例における特許権又は商標権の行使の可否については、これまで特に侵害事件において裁判所により判決が下されたことはないようである。

本稿においては、以下、主として、上記各最高裁判決の下での上記各場合における特許権又は商標権の行使の可否について、筆者が平成 20 年より候補として登録され、従事している専門委員の意見照会制度を有する税関の水際取締り手続きでの取扱いの在り方も含めて、考察することとする。

2 BBS 事件最高裁判決の下での特許製品の並行輸入の限界

(1) 特許製品の並行輸入に係る BBS 事件最高裁判決の判示事項

この点、BBS 事件最高裁判決は、以下のとおり、特許製品の並行輸入の可否について、特許権の国際消尽論を否定しつつも、黙示の授權論を肯定し、その要件として、特許権者又は①「これと同視し得る者」が②「国外」において③「特許製品」を④「譲渡した」場合、譲受人に対しては、⑤「当該製品について販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨を譲受人との間で合意した」ときを除いて、また、譲受人から特許製品を譲り受けた⑥「第三者及びその後の転得者」に対しては、譲受人との間で右の旨を合意した上⑦「特許製品にこれを明確に表示した」ときを除いて、⑧「当該製品」について国内において⑨「特許権」を行使することは許されない旨を判示したものである⁽⁴⁾。

「特許権者又は実施権者が我が国の国内において特許製品を譲渡した場合には、当該特許製品については特許権はその目的を達成したものであるとして消尽し、もはや特許権の効力は、当該特許製品を使用し、譲渡し又は貸し渡す行為等には及ばないものというべきである。けだし、(1) 特許法による発明の保護は社会公共の利益との調和の下において実現されなければならないものであるところ、(2) 一般に譲渡においては、譲渡人は目的物について有するすべての権利を譲受人に移転し、譲受人は譲渡人が有していたすべての権利を取得するものであり、特許製品が市場での流通に置かれる場合にも、譲受人が目的物につき特許権者の権利行使を離れて自由に業として使用し再譲渡等を行うことができる権利を取得することを前提として、取引行為が行われるものであって、仮に、特許製品について譲渡等を行う都度特許権者の許諾を要するということになれば、市場における商品の自由な流通が阻害され、特許製品の円滑な流通が妨げられて、かえって特許権者自身の利益を害する結果を来し、ひいては『発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与する』(特許法一条参照)という特許法の目的にも反することになり、(3) 他方、特許権者は、特許製品を自ら譲渡するに当たって特許発明の公開の対価を含めた譲渡代金を取得し、特許発明

の実施を許諾するに当たって実施料を取得するのであるから、特許発明の公開の対価を確保する機会は保障されているものということができ、特許権者又は実施権者から譲渡された特許製品について、特許権者が流過程において二重に利得を得ることを認める必要性は存在しないからである。」

「しかしながら、我が国の特許権者が国外において特許製品を譲渡した場合には、直ちに右と同列に論ずることはできない。すなわち、特許権者は、特許製品を譲渡した地の所在する国において、必ずしも我が国において有する特許権と同一の発明についての特許権(以下「対応特許権」という。)を有するとは限らないし、対応特許権を有する場合であっても、我が国において有する特許権と譲渡地の所在する国において有する対応特許権とは別個の権利であることに照らせば、特許権者が対応特許権に係る製品につき我が国において特許権に基づく権利を行使したとしても、これをもって直ちに二重の利得を得たものということとはできないからである。」

「そこで、国際取引における商品の流通と特許権者の権利との調整について考慮するに、現代社会において国際経済取引が極めて広範囲、かつ、高度に進展しつつある状況に照らせば、我が国の取引者が、国外で販売された製品を我が国に輸入して市場における流通に置く場合においても、輸入を含めた商品の流通の自由は最大限尊重することが要請されているものというべきである。そして、国外での経済取引においても、一般に、譲渡人は目的物について有するすべての権利を譲受人に移転し、譲受人は譲渡人が有していたすべての権利を取得することを前提として、取引行為が行われるものということができるところ、前記のような現代社会における国際取引の状況に照らせば、特許権者が国外において特許製品を譲渡した場合においても、譲受人又は譲受人から特許製品を譲り受けた第三者が、業としてこれを我が国に輸入し、我が国において、業として、これを使用し、又はこれを更に他者に譲渡することは、当然に予想されるところである。

右のような点を勘案すると、我が国の特許権者又はこれと同視し得る者が国外において特許製品を譲渡した場合においては、特許権者は、譲受人に対しては、当該製品について販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨を譲受人との間で合意した場合

を除き、譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者に対しては、譲受人との間で右の旨を合意した上特許製品にこれを明確に表示した場合を除いて、当該製品について我が国において特許権を行使することは許されないものと解するのが相当である。すなわち、(1) さきに説示したとおり、特許製品を国外において譲渡した場合に、その後に当該製品が我が国に輸入されることが当然に予想されることに照らせば、特許権者が留保を付さないまま特許製品を国外において譲渡した場合には、譲受人及びその後の転得者に対して、我が国において譲渡人の有する特許権の制限を受けないで当該製品を支配する権利を黙示的に授与したものと解すべきである。(2) 他方、特許権者の権利に目を向けるときは、特許権者が国外での特許製品の譲渡に当たって我が国における特許権行使の権利を留保することは許されるというべきであり、特許権者が、右譲渡の際に、譲受人との間で特許製品の販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨を合意し、製品にこれを明確に表示した場合には、転得者もまた、製品の流通過程において他人が介在しているとしても、当該製品につきその旨の制限が付されていることを認識し得るものであって、右制限の存在を前提として当該製品を購入するかどうかを自由な意思により決定することができる。そして、(3) 子会社又は関連会社等で特許権者と同視し得る者により国外において特許製品が譲渡された場合も、特許権者自身が特許製品を譲渡した場合と同様に解すべきであり、また、(4) 特許製品の譲受人の自由な流通への信頼を保護すべきことは、特許製品が最初に譲渡された地において特許権者が対応特許権を有するかどうかにより異なるものではない。」

(2) BBS 事件最高裁判決の前記判示事項に係る諸論点

そして、BBS 事件最高裁判決の前記判示事項の下で、同判決の射程との関係上、①「(特許権者)と同視し得る者」の意義、②「国外」での対応特許の要否、③「特許製品」の意義、④「譲渡した」の意義、⑤「合意」の要件、⑥「第三者」及び／又は「その後の転得者」が合意に(背信的)悪意(・有過失善意)である場合の取扱い、⑦「表示」の要件、特に⑦「表示」が国外の流通過程で除去又は改竄された場合の取扱い、

⑧「当該製品」の意義、⑨「特許権」の意義、などが問題になり得る⁽⁵⁾。

(3) 表示が国外の流通過程で除去又は改竄された場合の特許権の行使の可否

ア これらの問題のうち、特に、⑦表示が国外の流通過程で除去又は改竄された場合、特許権者等は、輸入業者等に対し、特許権を行使することが許されるであろうか。

イ この点、BBS 事件最高裁判決の前記判示事項における「国際取引における商品の流通と特許権者の権利との調整」という利益衡量の観点や、「結論の妥当性」⁽⁶⁾の観点からは、学説上、肯定する見解が多い。

すなわち、近藤恵嗣弁護士は、「もし、この場合に特許権の行使が認められないならば、転得者が表示を外すという行為が一般化し、結局、並行輸入は放任されることになる。これでは、一定の条件の下に特許権者の利益と流通保護の調和を図った上告審判決の趣旨は没却される。」、「並行輸入業者が損害を被ることもあり得るが、並行輸入業者は、転得者に対して契約上の保証責任を追及することができる。…複数の転得者が介在していたとしても、順次契約責任を追及することで解決できるはずである。」及び「特許権者の表示が不適切であったことに起因して表示が消失した場合には、不適切な表示も表示たり得るかという観点から問題を処理すれば足りると思われる。」とする⁽⁷⁾。

また、相澤英孝教授は、「第三者としても、表示の改竄は発見しうる可能性が大きく、表示の改竄に対する注意を払わなければならないとしても、酷とは言えないであろう。」及び「特許製品の輸入が阻止された場合には、輸入者は輸出者に対し債務不履行による損害賠償を請求できる。輸入しようとする者は、損害賠償を支払う資力のある者から輸入することによって、並行輸入の差止めによる損害を回避することができる。」とする⁽⁸⁾。

さらに、熊倉禎男弁護士は、「表示が流通過程で除去、削除、改ざんされた場合は、公平性、正義感覚を考慮すると、以後の転得者に対しても特許権の行使を認める(並行輸入を禁止できる)と解すべきであろう…。」とする⁽⁹⁾。

また、片山英二弁護士は、「特許製品の輸入者は、プロダクト・ライアビリティ等の面から製品の製造元がどこかについて強い関心をもつのが通常であり、実際には当初表示があったことは容易にわかるであろうことを考えると、第三者の主観的態様にかかわらず、権利行使ができるとしても不合理ではなからう…。」とする⁽¹⁰⁾。

さらに、田村善之教授は、「特許権者にとってみれば、表示の抹消に対して対処する有効な対策を講ずることが物理的にも、そしてもしかすると法的にも困難であるということに鑑みる場合には、特許権の行使を許さざるを得ないのでなかろうか。」とする⁽¹¹⁾。

ウ 問題は法律構成であるが、そもそも、BBS事件最高裁判決においては、前記のとおり、「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者に対しては、譲受人との間で右の旨を合意した上特許製品にこれを明確に表示した場合を除いて、当該製品について我が国において特許権を行使することは許されない」と判示されているように、「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者」の譲受及び転得時に表示が現存していたこと自体は、必ずしもこれらの者に対する特許権の行使を許容するための要件とはされていない⁽¹²⁾。

エ そして、BBS事件最高裁判決においては、前記のとおり、「我が国の特許権者が国外において特許製品を譲渡した場合には、直ちに右と同列に論ずることはできない。」と判示されているように、特許権の国際消尽は少なくとも特許権の国内消尽のように肯定されてはいないことが明らかであり⁽¹³⁾、特許権の行使は本来許されるとされているものと解される⁽¹⁴⁾。

もっとも、BBS事件最高裁判決においては、前記のとおり、譲受人との関係について、「現代社会における国際取引の状況に照らせば、特許権者が国外において特許製品を譲渡した場合においても、譲受人…が、業としてこれを我が国に輸入し、我が国において、業として、これを使用し、又はこれを更に他者に譲渡することは、当然に予想される場所である」「ことに照らせば、特許権者が留保を付さないまま特許製品を国外において譲渡した場合には、譲受人…に対して、我が国に

において譲渡人の有する特許権の制限を受けなくて当該製品を支配する権利を黙示的に授与したものと解すべきであること」、他方、「特許権者が国外での特許製品の譲渡に当たって我が国における特許権行使の権利を留保することは許されるというべきであ（ること）」から、「譲受人に対しては、当該製品について販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨を譲受人との間で合意した場合を除き、…当該製品について我が国において特許権を行使することは許されない」ものとされたものである。

よって、このようなBBS事件最高裁判決の判示事項によれば、「当該製品について販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨を譲受人との間で合意した場合」には、そもそも原則に戻って譲受人に対する特許権の行使が許されるもの、言い換えれば、特許権の行使に対して譲受人は単なる無権利者に過ぎないものというべきである⁽¹⁵⁾。とすれば、特許権者と「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者」との関係を対抗問題と考えることはできず、それ故、譲受人との間での合意の明確な表示を対抗要件と考えることもできないというべきである⁽¹⁶⁾。（なお、対抗要件と考えると、一般に明認方法のような対抗要件は消滅すると対抗力が存続しないと解されることからすれば、譲受人から特許製品を譲り受けた第三者およびその後の転得者の譲受および転得時に表示が現存していたことを要すると解されることになる。）

オ 他方、BBS事件最高裁判決においては、前記のとおり、「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者」との関係について、「現代社会において国際経済取引が極めて広範囲、かつ、高度に進展しつつある状況に照らせば、我が国の取引者が、国外で販売された製品を我が国に輸入して市場における流通に置く場合においても、輸入を含めた商品の流通の自由は最大限尊重することが要請されているものというべきである（こと）」、「前記のような現代社会における国際取引の状況に照らせば、特許権者が国外において特許製品を譲渡した場合においても、…譲受人から特許製品を譲り受けた第三者が、業としてこれを我が国に輸入し、我が国において、業として、こ

れを使用し、又はこれを更に他者に譲渡することは、当然に予想されるところである」「ことに照らせば、特許権者が留保を付さないまま特許製品を国外において譲渡した場合には、…その後の転得者に対して、我が国において譲渡人の有する特許権の制限を受けないで当該製品を支配する権利を黙示的に授与したものと解すべきであること」、他方、「特許権者が国外での特許製品の譲渡に当たって我が国における特許権行使の権利を留保することは許されるというべきであり、特許権者が、右譲渡の際に、譲受人との間で特許製品の販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨を合意し、製品にこれを明確に表示した場合には、転得者もまた、製品の流通過程において他人が介在しているとしても、当該製品につきその旨の制限が付されていることを認識し得るものであって、右制限の存在を前提として当該製品を購入するかどうかを自由な意思により決定することができる(こと)」⁽¹⁷⁾から、「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者に対しては、譲受人との間で右の旨を合意した上特許製品にこれを明確に表示した場合を除いて、当該製品について我が国において特許権を行使することは許されない」とされたものである。

よって、このようなBBS事件最高裁判決の判示事項によれば、譲受人との間での合意の明確な表示の要件については、「当該製品について販売先ないし使用地域から我が国を除外する旨を譲受人との間で合意した場合」に本来許される「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者」に対する特許権の行使が黙示的な授権により許されないと解されることを妨げるために付されるべき留保が如何なるものか、という観点から解釈されるべきものであり、かかる観点からは、譲受人との間での合意の明確な表示は、その懈怠が、「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者」の例外的な保護のために民法第1条2項所定の信義則⁽¹⁸⁾ないしその適用類型の一つとしての一種の禁反言の法理⁽¹⁹⁾に基づき要求される、特許権者等の帰責性ないし先行行為としての要件であるものというべきである。

カ したがって、譲受人との間での合意の明確な表示の要件については、「譲受人から特許製品を譲

り受けた第三者」の譲受より前に譲受人との間での合意が特許製品に明確に表示されれば足り、「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の転得者」の譲受及び転得時に表示が現存していたことは必ずしも要しないものと解すべきである⁽²⁰⁾⁽²¹⁾。

キ 以上により、⑦表示が国外の流通過程で除去又は改竄された場合でも、「譲受人から特許製品を譲り受けた第三者」の譲受より前に譲受人との間での合意が特許製品に明確に表示された限りは、特許権者は、輸入業者等に対し、その善意・悪意などを問わず、特許権を行使することが許されるものと解するのが相当である。

3 フレッドペリー事件最高裁判決の下での商標商品の並行輸入の限界

(1) 商標商品の並行輸入に係るフレッドペリー事件最高裁判決の判示事項

他方、フレッドペリー事件最高裁判決は、商標商品の並行輸入について、被許諾者が許諾契約の製造地の制限・下請の制限等に違反して許諾製品を製造して流通に置いた事案において、商標機能論に基づく実質的違法性阻却論を肯定し、その要件に照らして、商標権の行使を肯定するに当たり、以下のとおり、判示したものである⁽²²⁾。

「商標権者以外の者が、我が国における商標権の指定商品と同一の商品につき、その登録商標と同一の商標を付したものを輸入する行為は、…

- (1) 当該商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者により適法に付されたものであり、
- (2) 当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同一人と同視し得るような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであって、
- (3) 我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される場合には、いわゆる真正商品の並行輸入

として、商標権侵害としての実質的違法性を欠くものと解するのが相当である。ただし、商標法は、『商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする』ものであるところ（同法1条）、上記各要件を満たすいわゆる真正商品の並行輸入は、商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能を害することがなく、商標の使用をする者の業務上の信用及び需要者の利益を損なわず、実質的に違法性がないといえることができるからである。』

(2) シリアルナンバー等が国外の流通過程で除去又は改竄された場合がフレッドペリー事件最高裁判決の第3要件によって判断されるべきであること

そして、商標権者等により国外において第一譲渡された商標商品におけるシリアルナンバー等が国外の流通過程で除去又は改竄された場合も、フレッドペリー事件最高裁判決の前記判示事項、特に「(3) 我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される」か否か（以下「第3要件」という。）、によって判断されるべきものと解するのが相当である。

すなわち、確かに、フレッドペリー事件最高裁判決は、被許諾者が許諾契約の製造地の制限・下請の制限等に違反して許諾製品を製造して流通に置いた事案において、商標権侵害を肯認するに当たり、前記のとおり判示したものであり、その後の裁判例には、被許諾者が許諾契約の販売地の制限に違反して許諾製品を流通に置いた事案において、直接的かつ明示的にはフレッドペリー事件最高裁判決の前記判示事項によることなく、商標権侵害の成立を否定したものもある⁽²³⁾。

しかしながら、その後の裁判例の殆どは、商標商品の並行輸入について、フレッドペリー事件最高裁判決の前記判示事項により、商標権侵害の成否を判断している。

また、フレッドペリー事件最高裁判決の前記判示事項は、調査官解説において、「一定の要件の下に並行輸

入を許容して国際取引の円滑化を図るとともに、ブランドの保護強化が叫ばれる中、商標権者の有する業務上の信用を損なうことのないように、品質管理のされていない商品の輸入を禁ずることによって、商標権者と需要者の保護のバランスを図ったものと評価」されており⁽²⁴⁾、特に商品の品質ないしその管理の要素に着目した第3要件が特徴的な要件として重要な意義を有する。そうであるところ、商標権者等により国外において第一譲渡された商標商品におけるシリアルナンバー等が国外の流通過程で除去又は改竄された場合も、シリアルナンバー等の除去又は改竄それ自体をもって、或いは同除去又は改竄により正規のアフターサービスが受けられなくなることをもって、真正商品の品質ないしその管理が阻害されているか否か、が問題である。

よって、同問題は、まさにフレッドペリー事件最高裁判決の第3要件によって判断されるべきものといえることができる。

(3) フレッドペリー事件最高裁判決の第3要件の解釈適用

ア そして、フレッドペリー事件最高裁判決の第3要件は、「(3) 我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価される」か否か、であるところ、かかる第3要件の前半部分と後半部分の関係及び各解釈の如何、特に、①「商品」に「品質」上「実質的な差異」がある場合に後半部分により第3要件の充足が否定されるか否か、②「商品」の「品質」上の「実質的な差異」の意味内容ないし判断基準、③特にアフターサービスの相違が「商品」の「品質」上の「差異」に含まれるか否か、④「商品」の「品質」上の「実質的な差異」が商標権者等の商標「商品」の販売後における第三者の改変・加工・改造等により生じたときはどうか、は必ずしも明らかではない。

イ この点、フレッドペリー事件最高裁判決は、前記のとおり、第3要件その他の「要件を満たすいわゆる真正商品の並行輸入は、商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能を害することがなく、商標の使用をする者の業務上の信用及び需要

者の利益を損なわず、実質的に違法性がないということが出来る」と判示しているように、商標の機能として出所表示機能とは別異の品質保証機能をも問題とするとともに、需要者の利益とは別異に商標の使用をする者の業務上の信用をも問題とするものである。

また、フレッドベリー事件最高裁判決の第3要件については、調査官解説において、

「③の要件は、従来の裁判例では、客観的な商品の品質に差異があるか否かが検討されてきたが（大阪地判平成8・5・30判時1591号99頁〔クロコダイル事件〕、東京地判昭和59・12・7無体裁集16巻3号760頁〔ラコステ事件〕）、本判決は、『我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあること』により、品質に対する商標権者のコントロール（品質管理）の可能性という観点を強調している。その考え方は、アメリカ合衆国の判例法等に見られる実質的差異の理論に影響を受けたものとも思われ、その趣旨は、品質に対するコントロールが及ばない場合には、客観的な商品の品質そのものを問題にすることなく、たとい品質が同一であったとしても、③の要件を満たさないとの趣旨であろうと思われる。また、客観的な品質の同一性の立証ないし判断が困難であることも考慮されたのであろうか。いずれにせよ、本判決は、近時の品質保証機能を重視する学説や欧米の状況を意識したものであり、出所さえ同一であれば品質管理の要件を重視しないという見解を採用しない趣旨のものと解される。」

と説明されている⁽²⁵⁾。

そして、上記の「近時の品質保証機能を重視する学説…の状況」について、調査官解説は、「玉井克也『ヨーロッパ商標法における並行輸入法理の転換 - 国際消尽原則を最終的に放棄した欧州裁判所判決をめぐって』NBL652号49頁」に言及している⁽²⁶⁾ところ、ここで、玉井克也教授は、

「品質保障（ママ）・広告宣伝機能を商標の主要機能として認め、これを害する場合には消尽を認めないという方向での理論には、二種類のものがありうる。…いま一つは、消尽原則の妥当については内外で質的な相違はないものとし、

品質保障（ママ）・広告宣伝機能を実質的に害する場合に、広く消尽の例外を認めようとする立場である。…筆者は、さしあたりこれがわが国の将来の方向として有力ではないかと考えている。」

とする⁽²⁷⁾。

また、調査官解説は、「相澤英孝『並行輸入 - 知的財産法と通商法 - 』日本工業所有権法学会年報19号10頁」にも言及している⁽²⁸⁾ところ、ここで、相澤英孝教授は、

「並行輸入される商標の付されている商品が、権利者などが国内で販売している商品と異なる場合には、権利者の商品の品質の保持（クオリティ・コントロール）を困難にするために認めるべきではない」

とする⁽²⁹⁾。

さらに、上記の「近時の品質保証機能を重視する…欧米の状況」について、調査官解説は、「ヨーロッパ連合」の「動向」に言及し、

「欧州裁判所は、1998年7月16日、Silhouette事件において、域外の拡布による商標権の消尽を認めてはならず、欧州経済圏域外からの並行輸入を禁止する権利を商標権者に認めることは、EU加盟各国の義務であり、これに反し商標に関する権利の消尽を予定した国内法規定は許容されないとする判決を言い渡し、並行輸入を許容しない立場を明らかにした。この国際消尽原則を認めないという立場は、その後、1999年のSebago事件で確認されている。さらに、2001年のZino Davidoff事件においては、商標権者の承諾は反対権を放棄する意思が完全に明らかになる方法で、明白な表現で与えられなければならない、商標権者の単なる沈黙から推認されることはないとして、EU域外からの並行輸入に対してさらに厳格な態度を示すに至っている。」

とする⁽³⁰⁾。

また、調査官解説は、「アメリカ合衆国」の「動向」にも言及し、

「米国関税法526条は、原則として並行輸入を一般的に禁止しており、並行輸入を認める例外を定めた関税庁規則133条は、1999年、真正商標を付された商品がアメリカ合衆国の商標権

者によって国内での販売を許諾されている商品と物理的かつ実質的に異なる場合には、当該商品の同国への輸入を禁止することと改正された (関税庁規則 133 条 23 項)。

米国巡回控訴裁判所は、1991 年 3 月 11 日、Shell Oil 事件において、製造者が確立した品質管理下で製造及び流通がなされない限り、その商品は真正ではなく、商標権者が保持する権限が与えられているのは、品質管理そのものであるとして、実質的差異があれば一般消費者の混同を回避する趣旨から並行輸入を認めないとする判決を言い渡した。さらに、1993 年の Lever Brothers 事件でも、米国内で流通している商品とグレイマーケット商品との間に実質的差異がある場合には、真正商品とは見なされないとして、輸入差止めを認めている。これらの判例法及び国際貿易委員会による『実質的差異の理論』(doctrine of material differences) は、わずかな差異があっても並行輸入を否定する趣旨とされ、『実質的差異』が広く解釈されているという。

とする⁽³¹⁾。

ウ 以上によれば、フレッドペリー事件最高裁判決の前記判示事項及び調査官解説に沿って同最高裁判決の第 3 要件を解釈する限り、①「商品」に「品質」上「実質的な差異」がある場合には後半部分により第 3 要件の充足が否定されるものと解するのが相当である。

エ この点、フレッドペリー事件最高裁判決以降の学説上も、結論同旨のものが多数ある⁽³²⁾。

また、フレッドペリー事件最高裁判決以降の裁判例⁽³³⁾上、被許諾者が許諾契約の販売地の制限に違反して許諾製品を流通に置いた事案において、直接的かつ明示的には同最高裁判決の各要件によることなく、商標権侵害の成立を否定したものはあるが、「我が国の商標権者が、自己の出所に係る商品の品質ないし信用の維持を図ってきたという実績があり、外国における商標権者の出所に係る商品が輸入されることによって、そのような品質ないし信用の維持を害する結果が現に生じたといえる特段の事情があるときは、商標権侵害を構成するというべきである。」旨を判示したものが⁽³⁴⁾あるところ、同裁判例について、かかる「特段

の事情」は、「輸入品と我が国で流通している商品とが異なった内容の品質管理に服していた場合…を指すものとも解しうる」から、同最高裁判決の第 3 要件と大差ない、とする学説⁽³⁵⁾や、かかる「特段の事情」がある場合には「登録商標の保証する品質において実質的に差異がある」とみているものとみられる、とする学説⁽³⁶⁾もある。

以上に対し、有力な反対説もある⁽³⁷⁾が、商標の機能や保護法益として専ら出所表示機能や需要者の利益を重視する見解であって、前述のとおり商標の機能として出所表示機能とは別異の品質保証機能をも問題とするとともに、需要者の利益とは別異に商標の使用をする者の業務上の信用をも問題とするフレッドペリー事件最高裁判決とは、商標の機能や保護法益の理解をやや異にするものと考えられるので、同最高裁判決の第 3 要件の解釈においては、直ちに採用し難い。

オ また、以上によれば、②「商品」の「品質」上の「実質的な差異」は、我が国の商標権者がその商標商品の品質の維持のために行う直接的又は間接的な管理の実態を考慮したうえで、同管理による我が国の登録商標の品質保証機能を害することがなく、同管理による我が国の登録商標の使用をする者の業務上の信用及び需要者の利益を損なわないかどうか、により判断すべきものと解するのが相当である。

カ この点、フレッドペリー事件最高裁判決以降の学説上も、結論同旨のものが多数ある⁽³⁸⁾。また、同最高裁判決以降の前記裁判例⁽³⁹⁾も、結論実質同旨と理解される。

キ さらに、このような②「商品」の「品質」上の「実質的な差異」の意味内容ないし判断基準によると、③特にアフターサービスの相違が「商品」の「品質」上の「差異」に含まれるか否かも、個別具体的な事案毎に判断すべきものと解するのが相当であり、アフターサービスの相違が凡そ「商品」の「品質」上の「差異」に含まれ得ないものと解するのは相当ではない。

ク この点、フレッドペリー事件最高裁判決以降の学説上も、肯定説が多数ある⁽⁴⁰⁾。

これに対し、フレッドペリー事件最高裁判決より前の裁判例上、「商品に対して製造者がいかなる製造物に関する責任を負うかの問題は、その商

品に付された製造番号が抹消されているか否かに直接関係するものではなく、ましてや、商標権侵害に関する真正商品の並行輸入の問題とは関連しないものというべきである」旨を判示したものがあり⁽⁴¹⁾、同裁判例の評釈として、「シリアルナンバーが削除されているがゆえにアフターサービス等を受けられないことがあるかもしれぬが、それは並行輸入自体を違法とする根拠とはなり得ない」とする学説もある⁽⁴²⁾が、いずれも、商標の機能や保護法益として専ら出所表示機能や需要者の利益を重視するものであって、前述のとおり商標の機能として出所表示機能とは別異の品質保証機能をも問題とするとともに、需要者の利益とは別異に商標の使用をする者の業務上の信用をも問題とするフレッドペリー事件最高裁判決以降、同最高裁判決の第3要件の解釈において、一般的には妥当し難いものというべきである。

また、フレッドペリー事件最高裁判決以降の学説上も、「シリアルナンバーが抹消されることによりアフターケアが受けられないことはあるかもしれないが、製品の品質自体が変わるわけではなく、商標権者の品質管理が事後的に阻害されたとは言えない」とするものがある⁽⁴³⁾が、同様に、同最高裁判決の第3要件の解釈において、一般的には妥当し難いものというべきである。

ケ さらに加えて、フレッドペリー事件最高裁判決以前に、米国の「実質的差異の理論」による裁判例について、特に以下のものが報告されている⁽⁴⁴⁾。

① 「Davidoff & CIE, S.A. 対 PLD International Corp., 263 F.3d 1297 (11th Cir. 2001)において、第11連邦巡回区控訴裁判所は、元の商品とは『実質的に相違する (materially different)』商品の販売は、商標権侵害を構成するものとして、コード番号が除去された香水商品の販売に対する全国的な暫定的差止命令を支持した。同控訴裁判所は、バッチ・コードを除去する際に付いた、各香水容器裏側の最下端に近い箇所にある小さな傷跡は、商品の外観を損なうと共に、その商品の品質が損なわれているものと消費者に思わせる十分な可能性があり、と判断したのである。重要なことに、同裁判所は、その判断範囲を、米国外から輸入さ

れたグレー・マーケット商品に限定せず、『変更によって商品に物理的な違いが生じた』商標付きの商品であれば、およそその再販売は、『消費者を混同させる可能性を生じさせる』ため、商標権侵害に基づく請求を基礎づけることになる、としている。」

② 「Montblanc-Simplo GmbH 対 Staples, Inc., No.01-10235-DPW, 2001 U.S. Dist. LEXIS 7905 (D. Mass. May 3, 2001)…の裁判においてボストン市所在の連邦裁判所は、事務用品のスーパーストア・チェーンであるStaples社に対して、商品を識別するシリアル番号及び二次的商標である“PIX”が除去された“MONBLANC”ブランドの筆記用具の販売を禁止する全国的な暫定的差止命令を発した。このMontblanc事件において裁判所は、Staples社が販売していたコード番号及び標章が除去されたペンとMontblanc社の正規の販売業者が販売していた真正なMontblanc商品との間にみられる外観、物理的な完全性及び品質管理上の違いは重大なものであり、したがって、Montblanc社は本案でのStaples社に対する商標権侵害に基づく請求において勝訴する可能性が高い、と判断した。」

また、フレッドペリー事件最高裁判決以前の学説上、

① 「管理番号が除去されることにより修理等のアフターサービスが不可能となるような例外的な場合を除けば、管理番号の除去は品質を変更したことになると解すべきである。」⁽⁴⁵⁾

② 「たとえ真正商品であっても並行輸入業者が改変をして、当該商標をその改変した商品に用いることが許されないことは言うまでもない。したがって、余り例はないであろうが、シリアルナンバーの削除が改変に該当するような重大な意味を有する場合は異なった考慮も必要とされる」⁽⁴⁶⁾

③ 「製品によってはシリアルナンバーが重要な意味をもち、その抹消されている製品が市場にでまわると、その有標製品につき形成されてきた顧客の信用が害されることもありうるであろう。たとえば、その有標製品の性質上、独特の補修サービス体制によりその商標の化体する顧

客の信用が形成されており、シリアルナンバーが抹消されている製品について必要なサービスが受けられない場合なども考えられる。⁽⁴⁷⁾

等とするものもある。

さらに、学説上、フレッドペリー事件最高裁判決について、特に「商標権侵害の成否の評価において商標権者による品質管理という視点を重視することについては、…商品の詰め替え、改変・改造等の事案も幅広く視野に入れた、判断基準の精緻化が課題と思われる」ことが指摘されている⁽⁴⁸⁾ところ、フレッドペリー事件最高裁判決前後の裁判例上、

- ① 被疑侵害者により、国内で販売された商標権者の商標商品が改造され、当該商標が継続使用された事案において、「改造後の商品については、原告がその品質につき責任を負うことができないところ、それにもかかわらずこれに原告の本件登録商標が付されていると、当該商標の持つ品質表示機能が害されるおそれがある」旨を判示したもの⁽⁴⁹⁾、
- ② 被疑侵害者により、海外で販売された商標権者の商標商品が改変され、当該商標が継続使用された事案において、「品質、形態等において大きく相違するから、…登録商標の出所表示機能、品質保証機能を害するものであり、違法性を欠く行為とはいえない。」旨を判示したものの⁽⁵⁰⁾、
- ③ 被疑侵害者により、商標権者の商標商品が加工され、当該商標が継続使用された事案において、「原告製品の品質にも影響を及ぼす改変を施したものであり、原告商標の出所表示機能及び品質保証機能を害するものといわざるを得ない。…原告製品を加工したことをもって違法性を欠くことにはならない。」旨を判示したものの⁽⁵¹⁾、
- ④ 被疑侵害者により、国内で販売された商標権者の商標商品が改造され、当該商標が継続使用された事案において、「当初は、商標権者又はその許諾を得た者により、適法に商標が付され、かつ、流通に置かれた真正商品であっても、それら以外の者によって改変が加えられ、かつ、その改変の程度が上記出所表示機能及び品質保証機能を損なう程度に至っているときには、こ

れを転売等して付されている商標を使用することにつき、実質的違法性を欠くといえる根拠が失われている」旨を判示したもの⁽⁵²⁾、

等がある。

コ 以上によれば、シリアルナンバー等の除去又は改竄により正規のアフターサービスが受けられなくなる場合をも含み得るものとして、④「商品」の「品質」上の「実質的な差異」が商標権者等の商標「商品」の販売後における第三者の改変・加工・改造等により生じたときでも、なお後半部分により第3要件の充足が否定されるものと解するのが相当である。

サ もっとも、実際の事案においては、シリアルナンバー等の除去又は改竄により正規のアフターサービスが受けられなくなることが、④「商品」の「品質」上の「実質的な差異」に該当する、すなわち我が国の商標権者がその商標商品の品質の維持のために行う直接的又は間接的な管理による我が国の登録商標の品質保証機能を害し、同管理による我が国の登録商標の使用をする者の業務上の信用及び需要者の利益を損なうものとは、直ちには認められ難いことが多いであろう。

シ 寧ろ、実際の事案においては、シリアルナンバー等の除去又は改竄それ自体により凡そ国内では正規品として販売されないような不良品に相当する傷が残るような場合に、当該商品の用途・性質等の如何により、④「商品」の「品質」上の「実質的な差異」に該当する、すなわち我が国の商標権者がその商標商品の品質の維持のために行う直接的又は間接的な管理による我が国の登録商標の品質保証機能を害し、同管理による我が国の登録商標の使用をする者の業務上の信用及び需要者の利益を損なうものと認められる場合の方があり得るであろう。

ス なお、シリアルナンバー等の除去又は改竄は、外国の正規代理店が、商標権者との代理店契約の販売地制限条項に違反して、日本向けに販売するに当たり、商標権者に流通ルートを把握され、契約違反の責任を追及されないよう、行われることが多い。他方、フレッドペリー事件最高裁判決以降の裁判例上、被許諾者が許諾契約の販売地の制限に違反して許諾製品を流通に置いた事案において、商標権侵害の成立を否定したものがある⁽⁵³⁾。

そうすると、シリアルナンバー等の除去又は改竄それ自体により不良品相当の傷が残っている点をもって、商標権の行使を肯定すると、「並行輸入の不当阻害」の助長にならないか、が問題になる。この点、流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（改正：平成27年3月30日）は、「総代理店又は供給業者が、」「並行輸入品の製品番号等によりその入手経路を探知し、…並行輸入業者への販売を中止するようにさせること」は、「契約対象商品の価格を維持するために行われる場合には、不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定一二項（拘束条件付取引）又は一四項（競争者に対する取引妨害）。）」と規定する。

しかしながら、流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（改正：平成27年3月30日）は、「海外で適法に販売された商標品を並行輸入する場合に、その品質が劣化して消費者の健康・安全性を害すること等により、総代理店の取り扱う商品の信用が損なわれることとなる場合」に、「商標の信用を保持するために必要な措置を採ることは、原則として独占禁止法上問題とはならない。」とも規定する。

そうすると、シリアルナンバー等の除去又は改竄それ自体により不良品相当の傷が残っている点をもって、当該商品の用途・性質等の如何により、商標権の行使を肯定しても、原則として独占禁止法上問題とはならないというべきである。そして、なお「並行輸入の不当阻害」に該当するような特段の事情が認められるような場合には、商標権の行使を別途権利濫用として否定すれば足りよう。

4 税関の水際取締り手続きでの取扱いの在り方

2及び3に述べたBBS事件及びフレッドペリー事件各最高裁判決の下での特許製品及び商標商品の各並行輸入の限界は、税関による特許権・商標権等侵害物品の水際取締り手続きにおいて、如何に取り扱われるべきか。

この点、関税法における特許権・商標権等侵害物品の認定手続及び特許権・商標権等侵害物品と認められた貨物に対する輸入差止等の措置は、職権により開始される場合と、特許権者・商標権者等の申立により開始される場合とがある。いずれの場合においても、税関長による特許権・商標権等侵害物品の輸入差止等の

措置それ自体は、関税法の規定に基づいてなされる行政処分と解されるものの、その基礎には、特許権者・商標権者等が特許権・商標権等侵害物品に対して有する特許法・商標法等上の輸入差止等請求権（特許法第100条・商標法第36条等）があるものと考えられる。

よって、税関による輸入差止申立ての受理のための要件としての申立人による「侵害の事実（の）疎明」（関税法第69条の13第1項）の有無は、申立人が輸入者に対し特許法・商標法等上の輸入差止等請求権を有すると考えられるかどうかを中心として、検討されることになる。そうすると、2及び3に述べたBBS事件及びフレッドペリー事件各最高裁判決の下での特許製品及び商標商品の各並行輸入の限界は、税関実務においても、そのまま妥当しそうである。

もっとも、特許権者等により国外において第一譲渡された特許製品に譲受人との合意に基づき付された日本除外の表示が国外の流通過程で除去又は改竄された場合や、商標権者等により国外において第一譲渡された商標商品におけるシリアルナンバー等が国外の流通過程で除去又は改竄された場合については、判例において直接的かつ明示的に判示されたことがなく、また通説も必ずしも確立していない論点が主に問題となる。このような案件については、税関においては、裁判所等の法律的な専門的審理判断機関との役割分担という観点から、消極的に審理判断すべきであるとも考えられなくもない⁽⁵⁴⁾。

この点、確かに、一般には、税関による特許権・商標権等侵害物品の輸入差止制度における審理判断の簡易迅速性の要請からは、特に同制度の性質上技術的に特許権等侵害の審理判断が困難な案件等については、上記観点から税関において消極的に審理判断するのが相当である場合もある。そして、専門委員意見照会制度は、その創設の経緯等⁽⁵⁵⁾から、特に税関による輸入差止申立ての受理のための要件としての申立人による「侵害の事実（の）疎明」（関税法第69条の13第1項）の有無に関する専門委員への意見照会（関税法第69条の14）を通じて、このような役割分担機能を果たすことをも予定されているものと考えられる。

しかしながら、上記論点のような真正商品の並行輸入の問題は、主に法律問題であって、税関の輸入差止制度の性質上審理判断が困難な問題という訳ではなく、それ故、判例において直接的かつ明示的に判示されたことがなく、また通説も必ずしも確立していない

からといって、直ちに税関において消極的に審理判断するのが相当であることにはならない。また、上記論点のような真正商品の並行輸入の問題は、まさに税関が実務上日々多数直面している問題であるので、寧ろ可能な範囲においては税関が積極的に審理判断するのが相当である。そして、上記論点に係る議論は、BBS事件及びフレッドペリー事件各最高裁判決の直接の射程範囲内の問題ではないとしても、少なくとも同各判決の判示事項に基づく解釈論として合理的に行い得るものであるとともに、通説が確立していないとしても、学説においてもある程度議論されている問題であるので、税関において積極的に審理判断することも十分に可能である。

したがって、税関においては、輸入差止申立てにおける専門委員意見照会制度を活用すれば足り、専門委員の意見照会においても、必ずしも、裁判所等の法律的な専門的審理判断機関との役割分担という観点から、消極的に審理判断することを要するものではないというべきであろう。

5 まとめ

以上に詳述したとおり、BBS事件及びフレッドペリー事件各最高裁判決の下で、①特許権者等により国外において第一譲渡された特許製品に譲受人との合意に基づき付された日本除外の表示が国外の流通過程で除去又は改竄された場合や、②商標権者等により国外において第一譲渡された商標商品におけるシリアルナンバー等が国外の流通過程で除去又は改竄された場合のような、実務上頻繁に見受けられる特許製品や商標商品の並行輸入の実例において、特許権者又は商標権者は、専門委員の意見照会制度を有する税関の水際取締り手続きを含めて、特許権又は商標権を行使し得るものと解するのが相当である。

以上を踏まえ、弁護士・弁理士等の実務家においては、上記各場合のような実務上頻繁に見受けられる特許製品や商標商品の並行輸入の実例において、税関の水際取締り手続きを含めて、なお特許権又は商標権が行使され得ることを前提に、個別具体的な事案において、特許権者若しくは商標権者又は輸入者等に対し、特許権又は商標権行使の可能性の有無・程度等について、的確にアドバイスしていくことが求められるところであろう。

以上

(注)

- (1) 最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁〔BBS事件〕。
- (2) 大阪地判昭和45年2月27日無体裁集2巻1号71頁〔ラコステ事件〕。
- (3) 最判平成15年2月27日民集57巻2号125頁〔フレッドペリー事件〕。
- (4) 税関実務においても基本的に同様に扱われている（関税法基本通達69の11-7(2)）。但し、税関実務上、特に、税関による特許権等侵害品の輸入差止制度における審理判断の簡易迅速性の要請から、上記「合意がされたことを確認するための資料とは、契約書又はこれに類する文書…をいう」ものとされている（関税法基本通達69の11-7(2)ロ）。また、同様の要請から、上記表示が「製品の本体又は包装に」されることが要求されている。さらに、税関による特許権等侵害品の輸入差止制度における特許権等侵害品の識別可能性の要請から、税関により上記「表示がされていたことが輸入時において確認できる場合」であることが要求されている（関税法基本通達69の11-7(2)ハ）。
- (5) 各論点に係る裁判例及び学説の状況は、飯田圭「並行輸入の抗弁」小泉直樹・末吉互編「ジュリスト増刊 実務に効く知的財産判例精選」（有斐閣、平26）53頁を参照されたい。
- (6) 中山信弘「特許法〔第2版〕」（弘文堂、平24）402頁「並行輸入の場合もこれと同様に、最終的には結論の妥当性から解釈の正当化を導くという手法をとらざるをえないであろう。つまりこの問題は、結論を重視する立法論的解釈論とならざるをえない。」参照。
- (7) 近藤英嗣「BBS特許並行輸入事件最高裁判決」CIPICジャーナル69号（平9）70頁。
- (8) 相澤英孝「並行輸入に関する最高裁判所の判決について」知財研フォーラム31号（平9）7頁及び10頁。
- (9) 熊倉禎男「特許製品の並行輸入」清永利亮他編「現代裁判法体系26〔知的財産権〕」（新日本法規出版、平11）27頁。
- (10) 片山英二「並行輸入」牧野利秋他編「新・裁判実務体系 知的財産関係訴訟法」（青林書院、2001）150頁。
- (11) 田村善之「競争法の思考形式（オンデマンド版）」（有斐閣、2003）123頁。
- (12) 相澤英孝「並行輸入に関する最高裁判所の判決について」知財研フォーラム31号（平9）7頁「特許製品に付された並行輸入を禁止する旨の表示が改竄されたのようにかんがえられるべきものであろうか。特許権者としては、『特許権者は、…譲受人との間で…（当該製品が販売地域ないし使用地域から我が国を除外する旨）…を合意した上特許製品に明確にこれを表示した』以上、その特許権を行使することができるものというべきであろう。」参照。
- (13) この点、BBS事件最高裁判決の同判示は、前記のとおり、国内消尽を認めるべき実質的根拠とした流通の安全確保の要請及び二重の利得論のうち、二重の利得論は我が国の特許権者が国外において特許製品を譲渡した場合には当てはまらないことを理由に、国際消尽は国内消尽と同列に論じることができないとしたものである。このようにBBS事件最高裁判決が国内消尽を認める実質的な根拠とした2つの事項のう

- ち、一方が認められないと判示したことからは、BBS事件最高裁判決が少なくとも結論において国際消尽を国内消尽のように肯定したものではないことは明らかである。
- (14) 中山信弘「工業所有権法(上)特許法〔第二版増補版〕」(弘文堂, 平12) 370頁「判旨からすると、最高裁は原則違法であり、明示または黙示の権利授与のあった場合のみ合法と考えていると推測されるということである。」参照。
- (15) 古城春実「税関における特許侵害品輸入差止」パテント63巻9号(平22) 79頁。
- (16) 大野聖二「BBS事件最高裁判決と実務上の対応」CIPICジャーナル71号(平9) 48頁。反対: 渋谷達紀「BBSアルミホイール事件最高裁判決」ジュリスト1119号(平9) 100頁, 辰巳直彦「いわゆる並行輸入に対して特許権に基づく差止請求権等を行使することの可否」民商法雑誌118巻4・5号(平10) 195頁。
- (17) この理由は、「認識し得る」と記載されているように、特許権者等と直接的な取引関係に立たない転得者等についても制限が付されていることを認識できる場合があることを、特許権行使を許すことの理由としているものであって、転得者等が現存する表示それ自体によって権利留保の合意の存在を認識できることまで要求する趣旨であるとはいえないであろう。
- (18) 大野聖二「BBS事件最高裁判決と実務上の対応」CIPICジャーナル71号(平9) 48頁, 田村善之「競争法の思考形式(オンデマンド版)」(有斐閣, 2003) 122頁。なお、このような法律構成の可能性に言及するものとして、座談会「特許権の並行輸入と通商摩擦問題(上)」NBL628号(平9) 16頁〔玉井克哉発言部分〕。また、小泉直樹「いわゆる並行輸入に対して特許権に基づく差止請求権を行使することの可否」山上和則先生還暦記念論文集刊行会「判例ライセンス法」(発明協会, 平12) 588頁において、「外観法理」の法律構成の可能性に言及しているのも、同趣旨と理解される。
- (19) 中山信弘「特許法〔第2版〕」(弘文堂, 平24) 405頁, 鈴木将文「並行輸入と特許権」別冊ジュリスト170号219頁, 横溝大「特許製品の並行輸入に対する製品の輸入・販売の差止等を認めなかった事例」ジュリスト1184号(平12) 141頁。
- (20) 相澤英孝「並行輸入に関する最高裁判所の判決について」知財研フォーラム31号(平9) 7頁, 大野聖二「BBS事件最高裁判決と実務上の対応」CIPICジャーナル71号(平9) 48頁, 古城春実「税関における特許侵害品輸入差止」パテント63巻9号(平22) 79頁。なお、このような解釈論の可能性に言及するものとして、座談会「特許権の並行輸入と通商摩擦問題(上)」NBL628号(平9) 17頁〔玉井克哉発言部分〕。反対: 渋谷達紀「BBSアルミホイール事件最高裁判決」ジュリスト1119号(平9) 100頁, 辰巳直彦「いわゆる並行輸入に対して特許権に基づく差止請求権等を行使することの可否」民商法雑誌118巻4・5号(平10) 195頁, 三村量一「特許権と並行輸入」牧野利秋他編「知的財産訴訟実務体系Ⅰ」(青林書院, 2014) 488頁。
- (21) このような解釈による場合には、関税法基本通達69の11-7(2)ハ所定の「当該製品の取引時」とは、第一譲渡時を意味し、その後の譲渡時を含まないものと解すべきことになるところ、そのような解釈は、関税法基本通達69の11-7(2)ハの規定文言上可能であるとともに、BBS事件最高裁判決に基づき関税法基本通達69の11-7(2)が規定された趣旨にも合致するものである。
- (22) 税関実務においても基本的に同様に扱われている(関税法基本通達69の11-7(1))。
- (23) 東京地判平成15年6月30日判時1831号149頁〔ボディグロブ事件〕。
- (24) 高部眞規子「最高裁判所判例解説民事篇平成15年度(上)」(法曹会, 平18) 115頁。
- (25) 高部眞規子「最高裁判所判例解説民事篇平成15年度(上)」(法曹会, 平18) 104頁。
- (26) 高部眞規子「最高裁判所判例解説民事篇平成15年度(上)」(法曹会, 平18) 94頁。
- (27) 玉井克也「ヨーロッパ商標法における並行輸入法理の転換(下) - 国際消尽原則を最終的に放棄した欧州裁判所判決をめぐって」NBL652号(平10) 50頁。
- (28) 高部眞規子「最高裁判所判例解説民事篇平成15年度(上)」(法曹会, 平18) 94頁。
- (29) 相澤英孝「並行輸入 - 知的財産法と通商法 - 」日本工業所有権法学会年報19号(平7) 11頁。
- (30) 高部眞規子「最高裁判所判例解説民事篇平成15年度(上)」(法曹会, 平18) 94頁。
- (31) 高部眞規子「最高裁判所判例解説民事篇平成15年度(上)」(法曹会, 平18) 96頁。
- (32) 宮脇正晴「判批」別冊ジュリスト188号(平19) 73頁(宮脇正晴「商標機能論の再検討 - 品質保証機能に関する問題を中心に」日本工業所有権法学会年報30号(平18) 18頁, 宮脇正晴「商標機能論の具体的内容についての一考察」立命館邦楽290号(平15) 877頁も同旨), 玉井克也「商標権の品質保証機能と並行輸入」パテント58巻11号(平17) 37頁等。限定的ながら肯定するものとして、森川さつき「商標商品の並行輸入」牧野利秋他編「知的財産訴訟実務体系Ⅱ」(青林書院, 平26) 319-320頁, 蘆立順美「フレッドベリー最高裁判決における商標機能論の検討」パテント64巻5号(平23) 21-22頁等。
- (33) なお、「並行輸入の違法性が阻却されるための品質に関する要件…とは、客観的に如何なる品質であるかという問題ではなく、我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行うことによって、当該商標の保証する品質に差異がないことをいうのであるから、原告が直接的にも間接的にも品質管理を行うことのできない被告製品については、上記要件を充足する余地はない」旨を判示したものもある(大阪地判平成16年11月30日判時1902号156頁〔DUNLOPゴルフ用品事件〕)が、同判示は、第2要件の充足を否定するとともに、前半部分により第3要件の充足をも否定したものであるもので、肯定説を否定するものではない。
- (34) 東京地判平成15年6月30日判時1831号149頁〔ボディグロブ事件〕。

- (35) 宮脇正晴「商標機能論の再検討 - 品質保証機能に関する問題を中心に」日本工業所有権法学会年報 30 号 (平 18) 18 頁。
- (36) 森川さつき「商標商品の並行輸入」牧野利秋他編「知的財産訴訟実務体系Ⅱ」(青林書院, 平 26) 320 頁。
- (37) 田村善之「商標法の保護法益(3)」NIBEN Frontier 2007 年 (平 19) 5 月号 31 頁, 茶園茂樹「判批」別冊ジュリスト 185 号 (平 19) 101 頁 (茶園茂樹「判批」別冊ジュリスト 172 号 (平 16) 98 頁, 茶園茂樹「商標法における並行輸入論と商標的機能論との関係」知財ぷりずむ 2 巻 20 号 (平 16) 24 頁も同旨), 立花市子「FRED PERRY 最高裁判決にみる商標機能論」知的財産法政策学研究 9 号 (平 17) 89 頁等。
- (38) 森川さつき「商標商品の並行輸入」牧野利秋他編「知的財産訴訟実務体系Ⅱ」(青林書院, 平 26) 320 頁, 蘆立順美「フレッドペリー最高裁判決における商標機能論の検討」パテント 64 巻 5 号 (平 23) 22-23 頁, 宮脇正晴「商標機能論の再検討 - 品質保証機能に関する問題を中心に」日本工業所有権法学会年報 30 号 (平 18) 18-19 頁等。
- (39) 東京地判平成 15 年 6 月 30 日判時 1831 号 149 頁 [ボディグロブ事件]。
- (40) 玉井克也「商標権の品質保証機能と並行輸入」パテント 58 巻 11 号 (平 17) 37 及び 48 頁, 伊藤和生「商標権と並行輸入 - 商標権者と消費者の利益較量を中心として」中央大学大学院研究年報 33 号 (平 16) 217 頁等。限定的ながら肯定するものとして, 蘆立順美「フレッドペリー最高裁判決における商標機能論の検討」パテント 64 巻 5 号 (平 23) 22 頁等。なお, フレッドペリー事件最高裁判決より前の肯定説として, 田村善之「商標法概説 [第 2 版]」(弘文堂, 平 14) 480 頁, 木棚照一「判批」発明 85 巻 12 号 (昭 63) 80 頁等。
- (41) 名古屋地判昭和 63 年 3 月 25 日判タ 678 号 188 頁 [BBS 事件]。
- (42) 中山信弘「並行輸入の認められた一事例」村林隆一先生還暦記念論文集刊行会「判例商標法」(発明協会, 平 3) 769 頁。
- (43) 立花市子「FRED PERRY 最高裁判決にみる商標機能論」知的財産法政策学研究 9 号 (平 17) 93 頁。
- (44) Charles E. Buffon, Ronald G. Dove, Jr. and Marney L. Cheek「商標権者, 改変され, コード番号を除去された商品の販売業者を相手に大きな勝利を取める」CIPIC ジャーナル 120 号 (平 14) 1-2 頁。
- (45) 田村善之「商標法概説 [第 2 版]」(弘文堂, 平 14) 480 頁。
- (46) 中山信弘「並行輸入の認められた一事例」村林隆一先生還暦記念論文集刊行会「判例商標法」(発明協会, 平 3) 769 頁。
- (47) 木棚照一「判批」発明 85 巻 12 号 (昭 63) 80 頁。
- (48) 鈴木將文「判批」平成 15 年度重要判例解説 (ジュリスト 1269 号) 265 頁。
- (49) 東京地判平成 4 年 5 月 27 日判時 1932 号 135 頁 [Nintendo 家庭用カセット式テレビゲーム機事件]。
- (50) 東京地判平成 10 年 12 月 25 日判時 1680 号 117 頁 [Callaway ゴルフクラブ事件]。
- (51) 東京地判平成 17 年 12 月 20 日判時 1932 号 135 頁 [CARTIER 腕時計事件]。
- (52) 名古屋高判平成 25 年 1 月 29 日 (平成 24 年 (う) 125 号) 最高裁 HP [Nintendo 家庭用テレビゲーム機事件]。
- (53) 東京地判平成 15 年 6 月 30 日判時 1831 号 149 頁 [ボディグロブ事件]。
- (54) 後者の場合について, 川田篤「真正な商品の並行輸入への対応」CIPIC ジャーナル 210 号 (平 24) 48 頁。問題点の指摘として, 関智文「権利者のための税関輸入差止手続入門 (第 5 回・最終回)」CIPIC ジャーナル 222 号 12 頁。
- (55) 例えば, 関税・外国為替等審議会関税分科会・財務省関税局「知的財産権侵害物品の水際取締りに関するワーキンググループ座長とりまとめ」(平成 18 年 12 月 14 日) では, 「(平成 18 年 7 月の) 通達改正においては, 当該差止申立てについて利害関係者から意見が提出された場合には, 特段の事情がない限り専門委員の意見を聴くこととし, 当事者が裁判所又は特許庁において争っている場合又は争うことが見込まれる場合で, 専門委員から裁判所等の判断を踏まえるべき旨の意見が提出された場合には, 当該差止申立てを不受理又は保留として差し支えないこととして, 専門委員制度を活用しつつ, 裁判所等の判断を活用することにより, 一層の法律的・技術的専門性を伴った侵害判断を行うこととされているところである。」と説明されている。

(原稿受領 2016. 7. 26)